

, 11 de febrero de 1993.

Licenciado
RUBEN AROSEMENA
Secretario General
Asamblea Legislativa ✓
E. S. D.

Señor Secretario:

Procedemos a darle respuesta a su Consulta fechada 6 de noviembre de 1992, en la cual se nos hace la siguiente interrogante:

"¿Puede la persona que confeccionó los términos de referencia del Pliego de Cargos de la Licitación Pública Nº 1-92, participar como postor en dicha licitación?"

Con respecto a su interrogante, es importante definir ciertos términos que se encuentran íntimamente ligados a la respuesta que vertiremos en esta Consulta.

Primeramente consideramos oportuno traer la definición de Licitación Pública; siendo en este caso la más apropiada, la externada por el Jurista colombiano VIDAL PERDOMO, quien la describe de la siguiente manera:

"La Licitación Pública es un concurso mediante el cual la administración escoge al contratante que mayores ventajas le ofrezca. Tiene por objeto dar a todas las personas la oportunidad de contratar con el Estado, y tiende, por tanto a hacer desaparecer cualquier privilegio en favor de personas determinadas." (El subrayado es nuestro).

El artículo 66 del Código Fiscal establece las personas que no pueden ser postores en Licitaciones Públicas:

"ARTICULO 66: No podrán ser postores en las Licitaciones, ni en los concursos, ni contratistas con el Estado:

- 1.- Los que carezcan de capacidad para obligarse;
- 2.- Los deudores morosos del Estado;
- 3.- Los que anteriormente hubieren faltado al cumplimiento de contrato celebrado con el Estado; y
- 4.- Los funcionarios públicos que intervengan, en cualquier forma, en la preparación o ejecución de la licitación o del concurso, y aquellos a quienes la Constitución y las Leyes especiales les prohíban contratar con el Estado. (Todo el subrayado es nuestro).

por su parte el artículo 294 de nuestra Carta Magna nos señala quienes son servidores públicos, así:

"ARTICULO 294: Son servidores públicos las personas nombradas temporal o permanentemente en cargos del Organó Ejecutivo, legislativo y Judicial, de los Municipios, entidades autónomas y semiautónomas; y en general, las que perciban remuneración del Estado." (La subraya es nuestra).

De la norma reproducida se destaca, dos (2) importantes presupuestos para la calificación de servidor público, a saber:

- a) la de ser nombrado temporal o permanentemente en un cargo en un Organó del Estado, y b) que perciba una remuneración de éste.

Con relación al punto consultado, este Despacho estima que el Consultor, que la Asamblea Legislativa contrató, tiene la calidad de servidor público, por la sencilla razón de que ha sido nombrado en forma temporal, por un Organó del Estado, y que percibe una remuneración por sus servicios. Por otra parte, no cabe la menor duda que dicho consultor encaja en la prohibición establecida en el numeral 4 del artículo 66 del Código Fiscal.

Para reforzar nuestro criterio, nos permitimos expresar lo siguiente. En el ámbito de las Licitaciones Públicas, el Pliego de cargos es el documento donde la entidad Pública respectiva debe expresar claramente las condiciones del contrato, fijando además, el precio que ha de servir de base para la Licitación pública; esto según lo preceptuado en el artículo 37 del Código Fiscal.

Si hacemos un análisis integral de todas las normas antes citadas, vemos que quien ha participado en la preparación del Pliego de Cargos, como en este caso, tiene que haberlo hecho bajo la condición o calidad de servidor público, y por ello que esté excluido de participar en la Licitación Pública en donde ha intervenido.

Es obvio que a quien se le ha encomendado confeccionar los términos de los Pliegos de Cargos se vería favorecido ante los demás postores, ya que sabiendo de antemano que puede participar en la Licitación, podría amoldarla, a través del Pliego de Cargos, a las consideraciones y exigencias que fuesen más convenientes para él, rompiendo en consecuencia, con los principios en que se fundamenta la contratación pública.

Al respecto, ROMERO PEREZ nos comenta:

"El concurso público tiene una idea subyacente que lo explica; la de garantizar la moralidad administrativa, impidiendo, hasta donde ello sea humana y prácticamente posible, el favoritismo y el negociado irregular, mediante el cumplimiento de sus reglas, como tal licitación pública. Nosotros aceptamos la tesis de que su consecuencia, entre otras, es el beneficio que se deriva para la administración de adjudicar una oferta conveniente a sus intereses y fruto de un mercado competitivo.

Sus principios medulares, como son, parcialmente enunciados, los de la igualdad de trato, publicidad, contratista interpuesto, adjudicación a la "mejor oferta", etc., tienden a configurar una contratación administrativa apta para una sana gestión pública. Por otra parte, consagra este mecanismo, el igual derecho que existe a todos los ciudadanos de lucrarse lícitamente con la contratación pública, abonada con fondos comunes, oponiéndose a la existencia de monopolios de hecho en los proveedores u oferentes públicos, peligroso siempre; y, desde esta perspectiva, inmorales, aún en el supuesto de honestidad de los administradores del sector estatal. (ROMERO PEREZ, JORGE. La Licitación Pública en Costa Rica, Editorial Publicaciones de la Universidad de Costa Rica, pág. 150.).

En este aparte nos permitimos, esbozar ciertos comentarios sobre la MORAL como elemento imprescindible en todo acto administrativo. Sobre el particular debemos tener presente que toda actuación de la administración ha de tener

necesariamente una base moral. Ya Burllich, destacó el hecho de que la moral viene a ser el pilar esencial de todos los derechos.

Con relación a este elemento hay que tomar en cuenta la conducta moral del administrador, y la ética del acto. El primero se refiere más bien a la forma en que el funcionario se conduce al emitir el acto; el segundo hace referencia a la finalidad que el acto persigue. Tanto lo uno como lo otro tienen mucha importancia, porque la actuación inmoral de un agente público o lo inmoral que resulte un acto, tiene gran trascendencia en el ordenamiento jurídico, debido a las consecuencias que ello ocasiona.

En relación a los actos administrativos, compartimos lo expresado por Cascón y Marín, en lo relativo a que dichos actos deben tener en cuenta los principios de la moral. Y ello resulta de vital importancia, pues es necesario tener presente que el acto administrativo viene a ser una de las formas en que el Estado manifiesta su voluntad; y si dicho acto está carente de toda ética, no habría seguridad jurídica para los administrados, como lo señala Marienhoff:

"La recta conducta, el respeto absoluto al orden jurídico, los procederes e intenciones acordes con las máximas exigencias de la dignidad, han de constituir la esencia de todo acto administrativo. MARIENHOFF, Miguel S. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I. Edit. Abelardo Prelot, pág. 347.

La moral como elemento autónomo de los actos administrativos, no sólo deben estar presente en los actos discrecionales, sino también en los reglados. Pero en nuestra opinión dicho elemento destaca su importancia en los primeros actos, ya que en ellos el administrador al tener más libertad de actuación que en los otros actos podría abusar de esa libertad e infringir ciertos principios morales.

La facultad discrecional de que goza la Administración Pública está sometida a la moralidad administrativa. El primer autor en exponer este criterio fue Bernatzik.

Este sometimiento de la potestad discrecional a la moralidad administrativa significa que la Administración no debe actuar de manera arbitraria, por el contrario; el administrador al emitir sus actos debe tener en mente el beneficio de la colectividad, y no el bienestar del particular.

Luego de estas consideraciones sobre la moral, podemos concluir diciendo que todo acto administrativo que carezca de principios morales tales como el de buena fe y buenas costumbres, constituyen un acto ilegal.

En conclusión, reiteramos nuestro criterio que desde el punto de vista legal y moral, dicho Consultor no debe participar como postor en la Licitación a que usted alude en su consulta, ya que de lo contrario se estaría lesionando el principio de igualdad que ha de existir entre los contratantes, dando ello lugar a que dicho proceder vicié por ilegal el acto administrativo de la Licitación Pública.

Con lo anterior, espero haber dado respuesta a la interrogante planteada por usted.

Atentamente,

Lic. Donatilo Ballesteros S.
PROCURADOR DE LA ADMINISTRACION

/au